

6. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR DE OFÍCIO NO DIREITO DO TRABALHO: NOVA PERSPECTIVA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Lúcia Regina Melo De Andrade¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR

O direito civil além de ser a fonte originária do direito do trabalho também é sua fonte subsidiária, consoante prescreve o parágrafo único do art. 8º da CLT. Por esse fato, é inegável a aplicação de normas civilistas ao ramo laboral. Assim sendo, nosso intento na presente exposição será o de estudar a aplicação de uma regra específica concernente à indenização suplementar, que se apresenta na reparação por perdas e danos, verificando se a mesma poderá ocorrer por iniciativa do magistrado trabalhista.

Como sabemos, as obrigações são pactuadas a fim de que sejam cumpridas, ou seja, adimplidas. Nesse sentido, o Mestre Orlando Gomes nos ensina que a obrigação “é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa física fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra” (2004, p.15). Assim sendo, caso ocorra o inadimplemento da obrigação teremos alguns efeitos jurídicos, quais sejam: a mora, as perdas e danos, cláusula penal, os juros e as arras.

Contudo, apenas trataremos da indenização suplementar estipulada no capítulo que trata sobre as perdas e danos, como consequência do inadimplemento. Impende destacar, inicialmente, o conceito trazido por Maria Helena Diniz, de que “seriam as perdas e danos o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, em virtude do devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado” (2004, p.400).

O atual Código Civil trouxe uma importante previsão não constante no Código anterior, haja vista que além de prever as perdas e danos devidos ao credor - abrangendo aquilo efetivamente perdido (dano emergente ou positivo) e o que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante ou frustrado ou dano negativo) - passou a prever a possibilidade de o juiz conceder uma indenização

¹ Advogada e pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: luciareginaa@bol.com.br. Av. Dom Pedro I, Empresarial Holanda Center I, 4º andar, sala 402 – João Pessoa – PB

suplementar, diante da comprovação de que os juros de mora não foram suficientes para cobrir o prejuízo experimentado e diante da falta de previsão de uma pena convencional na obrigação inadimplida, a denominada cláusula penal. Seguramente, entendemos que mencionada previsão atende os reclamos da justiça.

Desse modo, verificado o inadimplemento, parte-se para a liquidação do dano, que deverá atender a efetiva reparação do dano sofrido pelo lesado. A liquidação pode ocorrer de três modos: por determinação legal, como nos artigos 312, 407 e 940 do CC; por convenção das partes, a exemplo das cláusula penal fixada pelas partes; ou por sentença judicial, quando a liquidação das perdas e danos não estiver prevista em lei nem for estabelecida pelas partes contratantes. Pontilhe-se, que em qualquer dos casos deverá haver uma indenização justa na sentença.

Destarte, primando pela realização da justiça, deverá o magistrado agir com prudência e razoabilidade, com o objetivo de assegurar uma apuração justa diante do inadimplemento da obrigação. Logo, julgando o caso concreto, poderá o juiz, sem a provocação da parte, estipular indenização suplementar a fim de garantir uma decisão justa e consoante os ditames constitucionais.

Sendo assim, passaremos a analisar a viabilidade quanto à aplicação, de ofício, da referida indenização suplementar na seara trabalhista.

2 DANO SOCIAL E SUA REPARAÇÃO DE OFÍCIO NA SEARA TRABALHISTA

Na prática laboral inúmeras vezes somos surpreendidos por ações reparatórias que, inicialmente, visam atender indenizações individuais. Contudo, com o trâmite dos processos verifica-se que as agressões são realizadas não apenas quanto ao ser individualmente, mas sim a vários trabalhadores e, conseqüentemente, aos direitos trabalhistas, gerando de maneira reflexa um dano à sociedade.

Diante desse contexto, surge uma nova modalidade de reparação, qual seja, a do dano social. Contudo, registre-se que, lamentavelmente, a realidade não é nova, apenas a sua reparação, o que nos apresenta como um avanço no âmbito do direito social a ser concretizado pelo magistrado.

Assim, várias reclamações trabalhistas apresentam condutas de empregadores que são verdadeiras agressões reincidentes e conscientes aos direitos sociais, a exemplo do trabalho clandestino de empregados, salários em atraso, da habitual jornada extraordinária ou revistas íntimas e constrangedoras aos empregados. Configura-se, então, um ato ilícito em razão do abuso do direito por parte dessas empresas.

Destaca-se, oportunamente, a denominação *dumping social*, que de igual modo é um exercício abusivo do direito ao adotar condições desumanas de trabalho a fim de auferir vantagens

comerciais, descumprindo o Direito Laboral e causando o dano social.

Diante dessa realidade e dos avanços nos estudos realizados quanto à matéria foi elaborado o Enunciado nº 4 da 1ª Jornada do Direito e Processo do Trabalho, como a seguinte redação:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT. (CARRION, 2008, p. 1269)

A legislação trabalhista infraconstitucional nos mostra que as multas prescritas na CLT são ínfimas para o propósito de coibir tais práticas, mas a jurisprudência está evoluindo e apresentado uma interpretação da Lei Civil imbuída de caráter constitucional, no sentido de realizar a reparação necessária ao dano social. Entretanto, a aplicação da indenização suplementar de ofício pelo magistrado, presente do Enunciado supra, gera divergência entre os juristas.

Argumentos dissidentes alegam que o juiz não pode atuar de ofício, sob pena de ferir o princípio da congruência ou adstrição, presente nos artigos 128 e 460 do CPC. Por outro lado, alguns entendem que a CLT no art. 765 amplia a liberdade na direção do processo, podendo o juiz realizar as diligências que entender necessárias. Vejamos, então, os argumentos contrários e os favoráveis de nossos tribunais trabalhistas.

Posicionamento contrário pode ser extraído da decisão do TRT da 2ª Região, expondo caso de não concessão da estudada indenização, diante de interesse individual não manifestado em inicial, pautando-se no princípio da razoabilidade:

EMENTA: Código Civil e sua aplicação de ofício pelo Magistrado trabalhista de primeira instância, sem que suceda qualquer menção ou pedido a respeito na petição inicial. [...] A utilização da equidade em seara laboral (a teor do § único contido no art. 8º da CLT de 1943) só pode ocorrer de maneira subsidiária e naquilo em que não for incompatível, do ponto de vista principiológico, com o Direito do Trabalho. No caso ora focalizado bem se verifica ser afrontoso ao princípio da razoabilidade que emana sempre da Teoria Geral do Processo e de todos os ramos jurídicos, a determinação de ofício no sentido condenatório de verbas contidas no diploma civil, sem que a peça vestibular delas faça conta. [...] Recurso patronal ao qual fica dado provimento para ser declarada nulidade parcial da r. sentença proferida, no que tange à condenação de indenização prevista no art. 404 do Código Civil, não postulada pela reclamante, eis que nenhum Juiz deve prestar o serviço público da tutela jurisdicional para solução da lide (pretensão resistida), senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas previstos em norma jurídica (imperativo autorizante). RO 01752-2005-071-02-00-7 Relator: Ricardo Verta Luduvicé. Data de Publicação: 06/02/2007. 11ª Turma.

Contudo, em outro posicionamento é admitida a possibilidade dessa indenização suplementar realizada pelo juiz na justiça do trabalho, como exemplo temos o Recurso Ordinário do TRT 3ª Região, que em sua ementa consta o seguinte argumento favorável à aplicação de referida indenização em julgamento de dumping social:

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO – *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização de mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificáveis do denominado *dumping social*, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem mequinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deriva da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza (LAFER, Celso – “Dumping Social” in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana. RO 00866-2009-063-03-00-3. Relator: Julio Bernardo do Campo. Data de Publicação: 30/08/2009. 4ª Turma.

Igualmente, Jorge Luiz Souto Maior (2009, p. 3), ativo defensor de referida atuação do magistrado, entende que:

Já passou há muito o tempo do Judiciário trabalhista tomar pulso da situação e reverter este quadro que não tem similar no mundo. Antes, ainda que indevidamente, alheio a uma análise jurídica mais profunda, até se poderia dizer que a culpa não era dos juízes, mas diante de uma legislação frágil, que não fornecia instrumentos para correção da realidade. Hoje, no entanto, essa alegação alienada não se justifica sob nenhum aspecto. O próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma necessária atitude contrária aos atos que negligenciam, deliberadamente, o direito social e, portanto, aplicando-se normas e preceitos extraídos da teoria geral do direito, sequer a atuação dos juízes neste sentido poderá ser reprimida retoricamente com o argumento de que se trata da aplicação de um direito retrógrado originário da ‘mente fascista de Vargas’

Respeitando as divergências existentes, consideramos que o magistrado ao deter o poder de dizer o direito, ou seja, a jurisdição, também tem um inafastável papel de efetivar os direitos fundamentais e assegurar a concretização dos direitos sociais, que no caso em estudo encontra o

amparo da importante previsão legal do parágrafo único do art. 404 do CC/02 para cumprir sua função. Visto que tal previsão soa como um instrumento eficaz nas mãos do julgador, para a concretização e obediência das normas trabalhistas.

3 O CARÁTER PEDAGÓGICO PROPOSTO PELO *PUNITIVE DAMAGE* E A CONSEQUENTE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O instituto conhecido como *punitive damage* tem sua origem nos EUA, sendo aqui no Brasil conhecido como a teoria do valor do desestímulo, que tem como objetivo impor uma condenação além da compensatória, como forma de desestimular o lesante na reiteração de sua prática reprovável e, ao mesmo tempo, conferindo um caráter pedagógico perante a sociedade.

O ordenamento pátrio, ainda de maneira tímida, vem admitindo a utilização do instituto, através, inclusive, de algumas decisões proferidas pelo STJ, a exemplo do RESP 910.764/RJ e do Resp. 965.500/ES. Em igual sentido temos o Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, interpretando que o direito positivo admite sim a teoria ora em análise.

O relevante papel pedagógico pode, certamente, ser conferido à responsabilidade civil trabalhista. Por isso, deve-se ter prudência e verificar se condenação ressarcitória individual é suficiente ou não para desestimular a repetição da conduta do empregador. Além do mais, o magistrado deve investigar se outras medidas já não foram tomadas visando o objetivo, a exemplo de Termo de Ajuste de Conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho e razoáveis multas administrativas determinadas pela Delegacia Regional do Trabalho.

Ademais, percebe-se que ao não ocorrer nenhuma reparação ao dano social que determinada empresa possa causar, certamente acabará por estimular outras empresas que antes cumpriam os direitos trabalhistas e que por tal motivo seus produtos eram mais caros que os da primeira empresa, a igualmente descumprir tais normas, precarizando as relações sociais e os direitos. Assim, urge atentarmos para essa realidade que nos apresenta, haja vista a necessária fiscalização e coibição das referidas práticas contrárias ao direito social assegurado constitucionalmente.

Logo, amparados nos ditames da boa-fé objetiva e na função social do contrato, a empresa que deu causa ao inadimplemento do contrato de trabalho e de suas obrigações deverá arcar com a reparação cabível, com o fito de restaurar o *status quo* ou a garantir compensação necessária para ensejar o equilíbrio da situação jurídica de ambas as partes, bem como da sociedade.

Como visto, resta claro que a devida indenização deverá assumir um caráter pedagógico, pois busca o desestímulo da conduta ilícita, evitando seja novamente praticada, já que pretende aplicar ao infrator uma medida punitiva no sentido de que este sinta uma perda significativa em seu

patrimônio, bem como pretende demonstrar às demais empresas que há fiscalização e reparação àquelas condutas que desrespeitam o princípio da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluímos que a regra do artigo 404, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, no contexto da realidade nacional, é poderoso instrumento que o juiz pode utilizar, haja vista ser o mesmo hábil a garantir a real obediência e a almejada efetivação dos direitos sociais. Apresentando-se, inclusive, em conformidade com o caput do art. 7º da CF/88 ao determina que seja direito dos trabalhadores outros que visem a melhoria de sua condição social.

Ademais, diante dessa postura ativa do Judiciário Trabalhista pretende-se difundir a importância da responsabilidade social das empresas, que amparadas pelo princípio fundamental da livre iniciativa deverá, da mesma forma, respeitar a observância do fundamento pautado nos valores sociais do trabalho, ambos previstos no inciso III do art. 1º da CF/88.

Diante de todo o exposto, e cientes da nova modalidade de responsabilidade civil das empresas, ou seja, a decorrente do dano social, que atinge direitos sociais previstos na Lei Maior, não podemos nos omitir deste fato e simplesmente colaborar para que se verifique uma constitucionalização simbólica, onde as normas sirvam apenas como retórica política. Devemos sim, em uma nova perspectiva buscar mecanismo de concretização de ditos direitos, por meio da importante missão exercida pelo Poder Judiciário.

Finalmente, complementando a reflexão acerca do tema, registre-se as sábias e inspiradoras palavras retiradas do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “ (...)a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Daniel Leão de. Indenização Suplementar. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>- 25 fevereiro de 2010. Acesso em: 20 set. 2010.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis de trabalho / Valentin Carrion. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: Teoria geral das obrigações. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Indenização por dano social pela agressão voluntária e reincidente

aos direitos trabalhistas. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm Acesso em: 15 agosto.2009 Material da 2ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Obra: Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil) / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Função Social do Contrato e equivalência material. São Paulo, Saraiva, 2005, págs. 49 a 70. Material da 4ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho/ Carlos Henrique Bezerra Leite. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho/ Renato Saraiva. 3.ed. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Tadeu Alexandre de Albuquerque e. A indenização suplementar do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil e sua aplicação no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2380, 6 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14139>>. Acesso em: 21 set. 2010.